

PROJET DE LOIS SUR LES SERVICES FINANCIERS

Nouvelle ère pour la gestion de patrimoine?

Les conditions réglementaires de la gestion de fortune vont être profondément modifiées avec les projets législatifs en cours. Perspective sur ces changements.



NORBERTO BIRCHLER
Directeur et membre du Comité de l'ARIF
(Association Romande des Intermédiaires Financiers)

Afin de mieux situer les enjeux des conditions réglementaires pour l'activité de gérant de fortune indépendant (GFI), il faut effectuer une brève rétrospective. Depuis le lancement de la consultation sur la révision de la LPCC en 2012, les conditions régissant l'activité des GFI ont fait l'objet de maintes annonces et spéculations. On évoquait aussi bien un contrôle direct des GFI par la FINMA, qu'une augmentation massive des charges liées à la mise en conformité de leurs obligations de diligence. Beaucoup de spécialistes estimaient qu'une disparition de près de la moitié des 3500 GFI membre d'un OAR ou autorisé par la FINMA était plausible. En ce qui concerne les GFI actifs pour des institutions de prévoyance une autorisation pour une surveillance directe de la FINMA devait être introduite: le délai en a cependant été repoussé jusqu'à l'entrée en force de la LSFIn et de la LEFin par le biais d'une autorisation temporaire. La LPCC fixant un seuil minimum de masse sous gestion dont dépendait

UNE SEULE LOI INTÉGRANT TOUTES LES NOTIONS ET LES LOIS DÉJÀ REPRISES AURAIT ÉTÉ PLUS SIMPLE À «VENDRE» À L'ÉTRANGER.

l'assujettissement à la FINMA, de nombreux GFI ont pu continuer à exercer leur profession en restant membre de leur OAR.

Attendu depuis près de deux ans, le projet de LSFin, accompagné par celui de la LEFin, a été mis en consultation à fin juin 2014. L'objectif de ce projet est de régler les conditions d'autorisation et la surveillance des GFI. Le projet de la LEFin contient les dispositions pour la surveillance des GFI, qui devraient dorénavant obtenir une autorisation d'exercer. Cependant, le risque représenté par les GFI étant considéré comme moins élevé, les conditions seraient moins strictes que pour les autres établissements soumis à une surveillance prudentielle. Les GFI seraient surveillés soit directement par la FINMA, soit par un ou plusieurs organismes de surveillance.

Dans le premier cas, la capacité de la FINMA à surveiller cet afflux de nouveaux administrés passerait par une augmentation de sa taille. Le projet envisage d'exclure les OAR-LBA actuels de cette surveillance, oubliant que ces derniers ont près de quinze ans d'expérience dans ce domaine. Ceci est nouveau par rapport à la consultation de l'avant projet.

La deuxième variante prévoit de créer un nouvel organisme de surveillance, sous la forme d'une SA. Cette variante pose une question fondamentale concernant l'actionnariat (qui serait-il et quel serait le capital de cette SA) et le choix de la Haute direction (l'assemblée générale élirait les membres du conseil d'administration et son président, alors que le Conseil fédéral se réserverait le droit d'approuver ces choix). Nul doute que ces points cruciaux seront traités dans les prises de positions. Les GFI pratiquant depuis plus de 15 ans, pour autant qu'ils n'acceptent plus de nouveaux clients, seraient dispensés de l'obligation d'obtenir une autorisation. Cette exception, à titre de

garantie des droits acquis, ne s'appliquera pas aux gestionnaires des institutions de prévoyance, qui seront tous soumis à une surveillance directe par la FINMA. Toutes les formes de personnes morales existant selon le droit suisse, avec obligation de s'inscrire au registre du commerce, pourraient cependant être utilisées par les GFI. Enfin, le projet prévoit la création, soit d'un Tribunal arbitral (avec notamment un renversement du fardeau de la preuve), soit d'un fond spécial destiné à couvrir les frais de procédures, qui serait alimenté par les intermédiaires financiers eux-mêmes. Même si durant la consultation de l'avant projet tous les partenaires avaient souhaité ne pas reprendre le droit européen, le projet va en sens inverse. Mais la question de l'accès au marché se

LES GFI PRATIQUANT DEPUIS PLUS DE 15 ANS SERAIENT DISPENSÉS DE L'OBLIGATION D'OBTENIR UNE AUTORISATION.

pose de façon toujours aussi aigüe, car le Conseil fédéral n'a pas repris le droit européen tel quel. Il propose deux textes, qui vont générer des interrogations de la part de l'UE sur notre système. Une seule loi intégrant toutes les notions et les lois déjà reprises aurait été plus simple à «vendre» à l'étranger.

Les projets présentés ci-dessus sont soumis à consultation jusqu'au 17 octobre 2014. L'ARIF, invitée à prendre position, remettra ses commentaires et recommandations les concernant.

En l'état actuel, avant l'entrée en vigueur de ces deux textes, il n'y a ce jour qu'une seule certitude: c'est toujours l'incertitude. ■



THIERRY AMY
Associé BCC Avocats Sàrl, Genève et Lausanne

EN DROIT

La LSFin renforce la protection des investisseurs

Le projet de Loi sur les services financiers (LSFin) en consultation avec la Loi sur les établissements financiers (LEFin) vise à assurer une meilleure protection judiciaire des clients privés.

Le 27 juin 2014, le Conseil fédéral a ouvert le processus de consultation concernant la Loi sur les services financiers (LSFin) et la Loi sur les établissements financiers (LEFin), surprenant ainsi les praticiens du droit ainsi que les acteurs du marché qui attendaient le projet FIDLEG suite au rapport du DFF du 18 février 2013. La LSFin a pour vocation de régler les conditions liées à la fourniture de services financiers et l'offre d'instruments financiers, la LEFin regroupant, quant à elle, toutes les règles prudentielles et de surveillance concernant les établissements financiers (banques, maisons de titres, direction de fonds et gestionnaires de fortune qualifiés ou non).

La LSFin contient plus particulièrement des règles sur la relation entre les intermédiaires financiers et leurs clients (règles de conduite), ainsi que sur la mise en œuvre du droit, visant ainsi à assurer une meilleure protection des investisseurs. Le législateur fédéral a en effet tiré le constat que les clients, en particulier privés, des intermédiaires financiers (y compris des gestionnaires de fortune) doivent dorénavant bénéficier d'une protection accrue et ne pourront voir leur position juridique réellement défendue que s'ils ont la possibilité d'agir efficacement avec les moyens de droit privé et de procédure adaptés contre une éventuelle conduite fautive du prestataire concerné.

A cet effet, le législateur prévoit d'introduire plusieurs innovations tant de droit matériel que de droit formel (de procédure). S'agissant du droit matériel, nous relèverons l'instauration, sur le modèle de MiFID II, de véritables obligations pour les

intermédiaires financiers (i) d'informer leurs clients et de tenir compte de la situation individuelle de ces derniers lors des décisions de placement (suitability et appropriateness) et (ii) de leur remettre en tout temps dans un délai de 30 jours copie de leur dossier ainsi que de tout autre document les concernant, conférant même dorénavant aux clients une véritable action en justice à cet effet, ainsi que tout comme dans l'avant-projet FIDLEG, la mise en place d'un renversement du fardeau de la preuve du respect par les intermédiaires financiers des «obligations d'information et d'explication» en faveur des clients, ceux-ci étant même réputés ne pas avoir effectué la transaction litigieuse en cas de non-respect des obligations légales précitées. Sur le plan formel, les innovations apportées sont beaucoup plus significatives allant du renforcement de l'institution des organes de médiation, ceux-ci continuant toutefois à n'intervenir qu'au stade de la médiation sans aucun pouvoir décisionnel et si possible gratuitement, à l'instauration d'un tribunal arbitral spécialisé permanent pour les clients privés (à l'exclusion des clients professionnels et institutionnels) et à la mise en place d'un système jusqu'ici inédit en droit suisse de financement des frais de procès pour les clients privés par le biais de la constitution d'un fonds spécial de la Confédération géré par le DFF et financé par les prestataires de services eux-mêmes, en passant par la création d'une forme d'action collective (class action) s'inspirant de l'article 89 du Code de procédure civile fédéral, sans toutefois en reprendre totalement la teneur, et d'une procédure de transaction de groupe

permettant un règlement amiable de conflits en présence de multiples ayants droit.

S'agissant du tribunal arbitral, les prestataires de services financiers devront veiller à ce que leurs clients privés puissent en tout temps faire valoir leurs droits devant un tribunal arbitral et les en informer en conséquence avant la conclusion de tout contrat. Un règlement d'arbitrage devra être élaboré en vue de permettre une procédure équitable, simple, rapide et peu onéreuse, voire gratuite. Le Tribunal arbitral sera présidé par une personne indépendante approuvée par le DFJP et composé paritairement de représentants des prestataires et des clients.

Quant à l'action collective, elle pourra être exercée par un demandeur constitué en «organisation» agissant dans l'intérêt collectif d'un groupe de clients donné en vue de faire valoir de façon autonome certaines prétentions de droit civil (à l'exclusion de celles découlant du droit de surveillance prudentielle) contre un prestataire de services financiers. Complétée par une procédure de transaction de groupe permettant de régler à l'amiable de tels litiges, avec la possibilité, à la demande des parties, d'être même déclarée contraignante par le tribunal cantonal supérieur pour toute la catégorie de clients concernés, ces nouveaux moyens procéduraux de règlement des litiges non seulement révolutionneront la manière d'administrer la justice dans le domaine des services financiers, mais auront assurément également une influence importante dans le futur sur les relations entre les prestataires de services et leur clients. ■